

A (des)necessidade de convergência de vontades no concurso de pessoas**The (un)need for convergence of wills in the people contest****Leonardo Galvão Selva¹**

Resumo: O presente artigo aborda a temática do concurso de pessoas no Brasil e pretende apresentar breves considerações que possibilitem a superação de fórmulas pretensamente acabadas. Analisa-se o tratamento do tema no Código Penal brasileiro desde uma perspectiva histórica, teórica e jurisprudencial, a fim de que seja possível questionar o (des)acerto do tratamento do concurso de pessoas no Brasil.

152

Palavras-chave: concurso de pessoas; participação; autoria; vontade; jurisprudência.

Abstract: This article addresses the issue of people contest in Brazil and intends to present brief considerations that make it possible to overcome supposedly finished formulas. The treatment of the topic in the Brazilian Penal Code is analyzed from a historical, theoretical and jurisprudential perspective, so that it is possible to question the (mis)correctness of the treatment of the people contest in Brazil.

Keywords: people contest; participation; authorship; will; jurisprudence.

1 Introdução

No marco de relações interpessoais e estruturas de poder cada vez mais complexas e sedimentadas, crescem os desafios de responsabilização criminal quando, nestes âmbitos, ocorre a prática de um delito com a contribuição de várias pessoas. Surge, então, a necessidade de debater sobre a (in)suficiência das disposições do ordenamento jurídico-penal para resolver esses problemas práticos.

¹ Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Parecerista da Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade Damas. Advogado. Orcid: 0000-0003-1221-2644. E-mail: leoviniciusgs@gmail.com

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Na realidade brasileira, o concurso de pessoas nunca teve sua devida atenção. A busca por diagnosticar as razões desse desprezo com o tema exige um esforço histórico para compreender as mudanças legislativas e a sua influência sobre a doutrina e a jurisprudência.

Essencialmente, o Código Penal sempre tratou o concurso de pessoas sob uma base causalista cuja repercussão foi sendo ignorada pela doutrina e jurisprudência ao longo dos anos. A consequência desse estado de inércia dogmática foi constatada no julgamento da APn 470 pelo Supremo Tribunal Federal em que a teoria do domínio do fato foi malversada para responsabilizar determinados agentes que ocupavam posição de comando, dada a aparente insuficiência do art. 29, *caput*, do CP. O cenário, entretanto, parece começar a mudar.

Não pretendo, nesta seara, apresentar todas as teorias sobre o concurso de pessoas, afinal, se trata de uma abordagem desnecessária e que não contribuirá em nada com o desenvolvimento do tema no Brasil. Entretanto, minha pretensão aqui é singela: apresentar um breve histórico do tratamento do tema pelo Código Penal e questionar as conclusões retiradas pela doutrina e jurisprudência sobre as disposições normativas da nossa legislação.

2 A historiografia do concurso de pessoas no direito penal brasileiro: a necessidade de compreender as mudanças legislativas de acordo com o seu tempo.

O diagnóstico de qualquer problema da teoria do crime e a formulação de soluções precisas exige, não raras vezes, um diálogo com o passado daquilo que é objeto do estudo. No cenário brasileiro, é interessante constatar como as diversas alterações do Código Penal sempre tiveram, em maior ou menor medida, o tema do concurso de agentes como objeto.

O Código Criminal do Império, de 1830, foi a primeira formulação sistemática de uma codificação penal no Brasil pós-independência. Inserido no final do primeiro reinado de D. Pedro I, Código Criminal Imperial, como adverte Nilo Batista, foi marcado pela contradição entre o discurso liberal e a escravidão, fazendo o “[...] projeto liberal de estado refluir para um projeto policial” (Zaffaroni, 2003, p. 423-424).

Em seu art. 4º, o Código Criminal Imperial estabelecia que são autores aqueles que *cometerem, constrangerem ou mandarem* alguém cometer crimes. A participação, por sua vez, estava disposta nos arts. 5º e 6º, que estabeleciam a *cumplicidade* ao crime principal à todos aqueles que diretamente concorreram para o seu cometimento (Brasil, 1890).

Nesse sentido, o Código Criminal do Império não apenas distinguia qualitativamente autores e cúmplices, como também estabelecia, nos termos do art. 35, a pena a ser aplicada ao

cúmplice, *in verbis*: “A complicitude será punida com as penas da tentativa; e a complicitude da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente”. O art. 34, por sua vez, estabelecia que a tentativa “[...] será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos” (Brasil, 1830).

Segundo Tobias Barreto, a disposição do art. 4º do Código Criminal Imperial “*é um modelo de simplicidade*”, na medida em que não serve para “[...] abraçar todas as variações phenomicas do crime, nem para satisfazer de prompto as exigências crescentes do espirito scientifico” (Barreto, 2004, p. 224-226).

Nilo Batista, interpretando os comentários de Tobias Barreto acerca do art. 4º do Código Criminal do Império, conclui que a acessoriedade da participação já estava presente desde 1830, destacando duas passagens do manuscrito de Tobias:

Por outro lado, intuíra-se o caráter acessório da participação. No estudo de Tobias Barreto, isto fica claro pelo menos em duas passagens: quando entre “exigências conceituais do mandato” inclui ele que o mandatário “tenha cometido a ação respectiva”, e quando, argumentando em torno da tentativa do mandato, observa que o código não fez dele “um crime autônomo e independente da ação principal” (Batista, 2005, p. 6).

Em 1888, era abolida formalmente a escravidão no Brasil e, já em contexto republicano, é publicado o novo Código Penal de 1890, no qual é possível perceber uma clara tentativa de suprir a abstração do Código Criminal do Império em relação ao tema do concurso de pessoas. Em seu art. 17², o Código Penal da República estabeleceu uma distinção entre autores e cúmplices, enquanto que, nos arts. 18, 19, 20 e 21³, o legislador procurou *definir* autor e cúmplice.

² “Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices.”

³ “Art. 18. São autores:

§ 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

§ 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executa-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica;

§ 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido;

§ 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.

Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsavel como autor:

§ 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.

Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime.

Art. 21. Serão cúmplices:

§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettelo, e prestarem auxilio á sua execução;

§ 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios;

§ 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem;

Em essência, portanto, o tratamento dispendido pela novel legislação penal foi a mesma do Código Criminal do Império, donde se fazia uma distinção entre autor e partícipe, porém, com mais descrições, em comparação com a anterior, que revela uma tentativa de abarcar todas as situações da vida cotidiana, isto é, todas as possibilidades de contribuição ao crime, o que, naturalmente, era impossível.

Nos comentários ao Código Penal da República, Antônio José da Costa e Silva já alertava que “[...] a matéria da concorrência de varias pessoas em um mesmo crime (cumplicidade, em accepção lata) é, ao lado da tentativa, uma das mais cheias de dificuldades e controvertidas do direito criminal” (Costa e Silva, 2004, p. 81). Sobre esse tema, o autor, na linha do que defendia a doutrina à época, compreendida que a concorrência dos agentes em um crime dependia da *voluntas sceleris*, isto é, “[...] a sciente e voluntaria cooperação de duas ou mais pessoas em um mesmo crime, compartilhando a respectiva responsabilidade” (Costa e Silva, 2004, p. 81).

O Código Penal de 1940, por sua vez, representou um marco no tema do concurso de pessoas no direito brasileiro, na medida em que rompeu com a tradição do sistema diferenciador e passou a adotar um sistema unitário de tratamento à concorrência de agentes em um delito, consoante a dicção do art. 25, do Código Penal de 40⁴, que apresentava um conceito extensivo e de base causal da autoria (Batista, 2005, p. 15).

A adoção do sistema unitário também é extraída da própria “*censurável denominação*”, segundo Nilo Batista, (Batista, 2005, p. 15) do Título IV da Parte Geral (“Da Co-autoria”), da qual se podia inferir que todos os intervenientes no crime seriam autores. Da mesma forma, a Exposição de Motivos Código Penal de 1940, do Ministro Francisco Campos, evidencia a superação do sistema diferenciador e a adoção da teoria monística, ao suscitar no item 22 que:

O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices; todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas incrimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dêle, no pressuposto de que também as outras fôrças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade (Brasil, 1940).

Consoante esclarece Esther de Figueiredo Ferraz, o tratamento dado ao tema do concurso de pessoas pelo Código Penal de 1940 foi influenciado pela teoria da equivalência

§ 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem.”.

⁴ “Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.”

dos antecedentes causais, disposta no art. 11^{o5}, porquanto todos aqueles que, de qualquer modo, contribuem para o crime são uma *conditio sine qua non* do resultado e, portanto, devem ser considerados autores do crime (Ferraz, 1947, p. 6-7).

Em geral, os penalistas da época não formularam críticas veementes sobre a disposição do co-autoria disposta no Código Penal de 1940.

Nelson Hungria, por exemplo, afirmava que todas as contribuições ao resultado não devem ser consideradas ações distintas, mas atos que fazem parte de uma única ação e, por isso, não deveria haver qualquer distinção entre elas, de modo que “[...] o participe é sempre um co-autor e responde integralmente pelo resultado” (Hungria, 1978, p. 405-406). Ilustrando bem o seu posicionamento, sustentava Hungria que:

[...] a participação, em qualquer caso, é concausação do resultado antijurídico, não havendo distinguir entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa imediata e causa mediata, entre causa principal e causa secundária. O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, considerados *in concreto*, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade, a cada um dos que cooperam para sua produção (Hungria, 1978, p. 405).

De forma contrária, entretanto, formulando críticas ao tratamento do concurso de pessoas no Código Penal de 1940, Esther de Figueiredo Ferraz sustenta que a expressão “de qualquer modo”, empregada no art. 25, “*convida a um comodismo funesto*”. Isso porque, segundo a autora, o tratamento dado ao concurso de pessoas nos códigos penais anteriores obrigava a acusação e o juiz de analisarem detida e minuciosamente a natureza, importância e valor de cada contribuição individual para a prática do crime comum. Com essa cláusula genérica e mais simplista, em sua perspectiva, seria relegado “[...] para um plano secundário o aspecto causal do problema”, pois passaria a impressão de que quaisquer indagações sobre o modo de concorrer para o delito seriam dispensáveis (Ferraz, 1947, p. 12).

Aníbal Bruno, por sua vez, apesar de afirmar ser correta a teoria monística ou unitária, adotada pelo Código Penal de 40, reconhece que “[...] não é realmente fácil contestar a distinção que separa, na realidade objetiva ou subjetiva do fato punível, os vários graus de participação” (Bruno, 2005, p. 259). Nesse sentido, Aníbal Bruno, reconhecendo a importância de distinguir os níveis de participação no fato criminoso, sustenta que, embora o legislador tenha optado por não classificar as figuras de co-delinquência, “[...] nem por isso deixará de ser útil prevê-las e defini-las, como realidades bem precisas, inconfundíveis entre si, a cuja compreensão não podem ficar estranhas a ciência nem a Justiça penal” (Bruno, 2005, p. 263).

⁵ Art. 11. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

No mesmo sentido, Heleno Fragoso sustentava que, a despeito da lei não distinguir entre autor e partícipe, essa distinção não pode ser desconhecida pela doutrina, afinal, ela decorre da própria “natureza das coisas” (Fragoso, 1985, p. 263). Igualmente, Basileu Garcia afirmava que, embora a lei não previsse, a diferença entre autores e cúmplices, de fato, existe (Garcia, 2010).

A crítica desses autores, embora tímida, parece ter surtido algum efeito com a reforma da parte geral de 1984. Isso porque, conforme destaca Beatriz Corrêa Camargo, a partir da compreensão de que o concurso de pessoas reflete uma “[...] fenomenologia independente da regulação legislativa [...]” houve uma tentativa do legislador de regular essa realidade pré-existente e estabelecer distinto desvalor das formas de concurso na própria pena (Camargo, 2018, p. 80).

Assim, embora tenha mantido o núcleo duro do tratamento conferido pelo Código Penal de 1940 ao concurso de pessoas no art. 25, a reforma de 84 fez inserir, na parte final da disposição normativa, que cada concorrente será responsabilizado pelo fato “*na medida de sua culpabilidade*” (art. 29, do Código Penal atual).

Outra relevante mudança com a reforma de 84 - e que foi pouco considerada pela doutrina - diz respeito à alteração da nomenclatura dada ao Título IV, que passou de “Da co-autoria” para “Do Concurso de Pessoas”. Essa alteração revela a mudança de perspectiva, ainda que incipiente, acerca do tema no direito penal brasileiro, pois reforça que todos aqueles que concorrem para o delito não devem ser considerados apenas coautores, na medida em que há uma zona intermediária em que a contribuição ao fato ilícito não deve ser considerada autoria.

Na Exposição de Motivos da Reforma de 1984, explica-se que a adoção da denominação “Do Concurso de Pessoas” se justifica porque “[...] a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*” (Brasil, 1984).

Apesar disso, o fato é que o legislador não levou essa mudança às últimas consequências, optando por manter a descrição do antigo art. 25, do Código Penal de 1940, acrescentando apenas a singela descrição “*na medida de sua culpabilidade*”. Embora conste na Exposição de Motivos da Reforma de 1984 que o Projeto se curvou aos críticos da teoria da equivalência dos antecedentes causais, é certo que, em razão da falta de arrojamento da alteração legislativa, notou-se a ausência de um consenso na doutrina nacional sobre o sistema adotado a partir da reforma de 84.

Pablo Rodrigo Alflen, por exemplo, aponta que, desde o Código Penal de 1940, influenciado pela realidade italiana, o ordenamento jurídico-penal brasileiro adotou um sistema

unitário de autor, porém, a despeito da parificação legal, as diferenças reais entre as várias formas de participação continuaram existindo, na linha do que já havia sustentado Esther de Figueiredo Ferraz. Além disso, Alflen ainda afirma que o sistema unitário adotado pelo Código Penal brasileiro não é incompatível com uma distinção entre as formas de autoria e participação e, embora o legislador não tenha definido os conceitos, apresentou critérios que devem nortear a doutrina nessa tarefa de distinção entre as formas de participação ao fato, podendo-se falar, portanto, em uma “teoria unitária temperada” no marco de um sistema unitário funcional que não renuncia a diferenciação conceitual entre as formas de cometimento do fato (Alflen, 2014). Por sua vez, Paulo Cesar Busato afirma ser “inútil” discutir qual a teoria sobre o concurso de pessoas adotada pelo Código Penal brasileiro, devendo-se perquirir, na verdade, uma questão primordial de práxis forense, isto é, quais devem ser os critérios diferenciadores valorados pelo julgador para distinguir entre contribuições principais e acessórias. Nesse sentido, evitando se utilizar das nomenclaturas “sistema” e “teoria”, Busato afirma que o Código Penal brasileiro adota um “[...] perfil diferenciador em sentido dualista”, no qual “o princípio é unitário, porém, expressamente se reconhece a necessidade de matizações e bipartições que obrigam a considerar a hipótese de necessária diferenciação entre autores e partícipes” (Busato, 2020, p. 982).

Cláudio Brandão, embora sustente que o Direito Penal brasileiro, no *caput* do art. 29, adotou “[...]as linhas gerais da teoria monista [...]”, adverte que a unicidade de crime não importa em unicidade de pena, ou seja, embora todos os concorrentes respondam pelo mesmo crime, cada um receberá uma pena de acordo com a sua culpabilidade (Brandão, 2019, p. 205).

Alaor Leite, por sua vez, em tom mais crítico, sustenta que o legislador brasileiro nada fez em termos sistemáticos, isto é, não adotou qualquer sistema de autoria e participação, tampouco que se poderia extrair qualquer conclusão dos termos escolhidos pelo legislador. Nesse sentido, Alaor Leite reforça que é tarefa da doutrina e da jurisprudência desenvolver critérios para a fundamentação da distinção entre autor e partícipe, afinal, o legislador não empreendeu qualquer esforço nesse sentido, tampouco proibiu, acrescentando ainda que a distinção entre autor e partícipe é de conteúdo do injusto e não de merecimento de pena (Leite, 2014).

Sob tal perspectiva, mesmo diante da reforma de 1984, ainda continua ressoando na doutrina a adoção, pelo nosso Código Penal, de um sistema propriamente unitário, mas que, em tese, faz concessões à possibilidade de diferenciação entre autor e partícipe (por isso fala-se em sistema unitário temperado).

3 A jurisprudência brasileira: exigência de homogeneidade do elemento subjetivo

Essa incompreensão, fomentada pela redação da lei, trouxe inúmeros inconvenientes para o tema do concurso de pessoas no cenário brasileiro. Dentre eles, é possível destacar a discussão sobre a possibilidade de participação dolosa em um fato culposo ou participação culposa em um fato doloso, ou seja, quando não há convergência subjetiva.

No campo da jurisprudência, percebe-se uma aceitação irrestrita do conteúdo veiculado na Exposição de Motivos da Reforma de 1984. No STJ, por exemplo, é remansosa a jurisprudência de que o Código Penal brasileiro adotou a teoria monista ou unitária em relação ao concurso de pessoas, exigindo entre os intervenientes de um fato criminoso uma “convergência de vontades”.

Para se chegar a essa conclusão foi necessário acessar o banco de dados de precedentes disponibilizado no sítio eletrônico do STJ e inserir na barra de pesquisa, entre aspas duplas, o termo “teoria monista”⁶, o que resultou em 69 acórdãos⁷.

Os Tribunais de Justiça Estaduais também reproduzem essa jurisprudência do STJ. Especificamente em relação à (im)possibilidade de participação dolosa em fato culposo – ou participação culposa em fato doloso –, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda em 2010, julgou a Apelação Criminal nº 1.0194.08.085347-7/001, de relatoria do Desembargador Judimar Biber, interposta pelo Ministério Público e pela Defesa de um dos acusados contra decisão do Conselho de Sentença que condenou A pela prática do delito de homicídio culposo (art. 121, §3º c/c art. 61, II, “d”, ambos do CP) e B por participação dolosa de menor importância ao fato principal (art. 121 c/c art. 29, §1º, ambos do CP).

No caso concreto, conforme consta na denúncia, B levou os demais agentes, dentre eles A, no local de trabalho da vítima e ficou aguardando do lado de fora para, em tese, dar cobertura aos demais agentes. Em determinado momento, A, de arma em punho, adentra o recinto juntamente com um terceiro C e efetua um disparo com arma de fogo contra a vítima, causando a lesão que foi a causa de sua morte. Na sequência, A e o terceiro C evadiram-se do local deixando B para trás.

⁶ Nesse sentido: AgRg no HC 834.833/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik; AgRg no HC 819111 / SE, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF); AgRg no AREsp 2.442.927/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas; AgRg no HC 824.059/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca; HC 598.155/SC, relatora Ministra Laurita Vaz; REsp 1.799.010/GO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior; AgRg no AREsp 1.169.526/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas; REsp 1.175.623/GO, relator Ministro Nefi Cordeiro; REsp 1.306.731/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze.

⁷ A quantidade reflete uma pesquisa realizada em 24 de maio de 2024.

O Conselho de Sentença, entretanto, decidiu que A praticou o crime de homicídio em sua forma culposa e que B, dolosamente, contribuiu para a prática do homicídio, incorrendo, porém, em participação de menor importância, razão pela qual foi condenado pelo art. 121 c/c art. 29, §1º, do CP.

O TJMG, ao julgar a Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público, deu-lhe provimento para anular o julgamento proferido pelo Conselho de Sentença, sob o argumento de que a decisão contrariou o disposto no art. 29 do CP e se constituiu em lesão à teoria monista ou unitária, porquanto “*seria literalmente impossível que o executor material do delito fosse condenado por homicídio culposos e o partícipe por homicídio doloso*”.

A premissa fundamental desse julgamento está em consonância com a jurisprudência do STJ, replicada pelos Tribunais Estaduais: que, de acordo com a teoria supostamente adotada pelo Código Penal, no concurso de agentes, “*todos co-autores agentes necessariamente sob o mesmo elemento subjetivo*” (TJGO, Apelação Criminal 15633-38.2001.8.09.0051, Rel. Des. Ivo Favaro, 1ª Câmara Criminal, Julgado Em 27/08/2013, Dje 1409 De 16/10/2013)⁸.

Até hoje, entretanto, essa fórmula manualística, que exige de todos os contribuintes ao fato criminoso a convergência no elemento subjetivo, nunca chegou a ser efetivamente questionada pela jurisprudência brasileira. Isso se deu, em parte, por influência da própria doutrina que, como identificado por Beatriz Corrêa Camargo, exige dois critérios para o concurso de pessoas: a causalidade da conduta e o liame subjetivo entre os sujeitos. Nesse sentido, segundo a autora, para a doutrina brasileira, “[...] é o liame subjetivo que determina a existência do concurso de pessoas e o diferencia da autoria colateral” (Camargo, 2018, p. 34-35).

4 Existe concurso de pessoas sem convergência de vontades?

A resposta a essa pergunta exige que seja aclarada, inicialmente, duas questões fundamentais: i) o art. 29, do Código Penal, adotou a teoria monista? e ii) a distinção entre os contribuintes do fato típico deve ser guiada por um critério objetivo-normativa ou subjetivo-individual?

⁸ No mesmo sentido, “*Não há participação dolosa em crime culposos, tampouco participação culposa em crime doloso, pela inviabilidade de liame subjetivo*”. (TJGO, Recurso em Sentido Estrito 137889-78.2015.8.09.0087, Rel. Des. Edison Miguel Da Silva Junior, 2ª Câmara Criminal, Julgado Em 13/08/2019, Dje 2816 De 27/08/2019).

Embora grande parte da doutrina brasileira, influenciada pela Exposição de Motivos, admita, sem qualquer tom crítico, que o Código Penal adotou a teoria monista ou unitária sobre o concurso de pessoas, dos termos empregados pelo legislador no Código Penal, na verdade, não é possível extrair a adoção de qualquer postura teórica, muito menos critérios para distinguir, no plano fático e conceitual, autor e partícipe.

Nesse sentido, segundo Nilo Batista, as fórmulas empregadas na disposição contida no art. 29, do Código Penal, são insuficientes para solucionar o problema do concurso de pessoas, de modo que “[...] só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei” (Batista, 2005, p. 55)

Alaor Leite, em semelhança, assenta que “[...] não parece haver redação mais ampla do que a do nosso art. 29, caput, CP” (Leite, 2014, p. 132). Nesse sentido, Alaor Leite formula duras críticas ao tratamento do concurso de pessoas pelo Código Penal brasileiro, asseverando que não existe um sistema de autoria e participação, tampouco se pode extrair algo dos termos escolhidos pelo legislador, de modo que, em sua perspectiva, não é correto afirmar que o legislador adotou uma “teoria diferenciadora mitigada” ou que fez concessões à teoria unitária. Desse modo, na mesma linha daquilo que foi suscitado por Nilo Batista, compreende o autor que “É tarefa da doutrina e da jurisprudência desenvolver critérios para a fundamentação da distinção entre autor e partícipe, uma distinção que, se nosso legislador não realizou, também não proibiu” (Leite, 2014, p. 136).

No Código Penal brasileiro, atualmente, o tema do concurso de pessoas se encontra acomodado no Título IV entre os art. 29 e 31. Apesar das dissonâncias e do ceticismo ao redor do tema, a reforma de 1984, ainda que de forma tímida, forneceu diretrizes – bem amplas, é verdade, como disse Alaor Leite – para uma distinção entre autor e partícipe, afinal, na perspectiva anterior, todos aqueles que concorriam para o delito eram coautores.

Nada obstante, também é verdade que desses artigos não é possível extrair um sistema de autoria e participação propriamente dito, mas apenas a conclusão de que essa distinção, seja ontológica ou normativamente, existe. A inclusão, na parte final do art. 29, *caput*, CP, da frase “na medida de sua culpabilidade”, revela uma diferenciação apenas no aspecto da pena, mas nada exprime acerca dos critérios para definir a autoria e participação em determinado evento típico, tampouco os demais artigos do Título IV.

É tarefa, portanto, da doutrina e da jurisprudência estabelecer os critérios para diferenciar autor e partícipe, a fim de construir um sistema normativamente coerente e possível

de ser aplicado na prática. Essa iniciativa, entretanto, deixarei para outra seara, na medida em que os limites do presente artigo me impedem de adentrar na espécie.

Isso nos leva, contudo, a segunda questão: a distinção entre os contribuintes ao fato típico deve ser guiada por um critério objetivo-normativa ou subjetivo-individual?

A doutrina e a jurisprudência, apesar de constatarem a distinção entre autor e partícipe, têm atualmente indicado que o critério para os distinguir deve ser de ordem subjetivo-individual, na medida em que exigem um “liame subjetivo” ou uma “homogeneidade de vontades” entre os contribuintes ao fato típico.

Esse critério, entretanto, apresenta uma barreira intransponível situada na *vontade*: a impossibilidade de acessá-la. No âmbito do dolo, por exemplo, a doutrina tem se preocupado com os problemas de prova de concepções psicológicas, que exigiam do julgador acessar um fenômeno psicológico restrito ao próprio sujeito. Diante disso, houve a ascensão de uma tendência denominada por José Carlos Porciúncula como “objetivização do dolo” ou “exteriorização do dolo” (Porciúncula, 2012, p. 411-412), isto é, uma abordagem normativa do dolo que afasta qualquer dado ou estado psíquico para a atribuição do dolo e busca resolver os casos práticos a partir da compreensão do comportamento como uma entidade comunicativa e da noção da criação de um risco de determinada qualidade.

A alusão ao dolo em um artigo cujo tema diz respeito ao concurso de pessoas não foi aleatória, afinal, tratam-se de temas muito próximos. O Código Penal Alemão, por exemplo, nos §26 e §27, impõe que a participação em um fato típico, caracterizadora da instigação e da cumplicidade, seja dolosa. Da mesma forma, o Código Penal Português, em seu art. 27º, enuncia que a cumplicidade ocorre quando alguém, dolosamente, presta auxílio material ou moral à prática por outrem também de um fato doloso.

Ricardo Robles Planas, analisando o estado da arte na Alemanha, especialmente sobre o prisma da (im)possibilidade de participação em delito imprudente, afirma que a discussão sobre a participação está viciada pela previsão legal dos §§26 e 27 (Robles Planas, 2002,).

A compreensão de que é necessário uma homogeneidade de vontades ou de um liame subjetivo entre autores e partícipes advém de formulações antigas da proibição de regresso, sob a perspectiva de que a ausência desse liame subjetivo representa uma ruptura de causalidade que impede a imputação de responsabilidade ao partícipe.

No ponto, Joachim Hruschka adverte que Frank afirmava que as condutas não intencionais, que precedem um comportamento doloso, não são causa e, portanto, não

fundamentam a responsabilidade do agente, sendo condutas penalmente irrelevantes (Hruschka, 2000).

Ocorre que, a partir da formulação das modernas teorias da imputação objetiva, ascendeu-se a perspectiva normativa de que cada contribuição ao fato típico representa um risco proibido próprio. Nesse sentido, Joachim Renzikowski afirma que, “[...] de uma perspectiva normativa, as normas de conduta que proíbem a participação apenas são compreendidas como proibições de criar um perigo”. (Renzikowski, 2017, p. 110).

Sob tal perspectiva, o critério distintivo entre autor e partícipe deve ser de ordem objetivo-normativa. Conforme preceitua Ricardo Robles Planas, a subjetividade do partícipe não fornece nenhum dado relevante para a imputação do fato, na medida em que a regra de imputação que permite transferir a tipicidade do autor para o partícipe opera normativamente no plano objetivo (Robles Planas, 2002).

Com efeito, o fundamento do injusto da participação deve partir da concepção de que autor e partícipe sofrem diferentes formas de obrigação frente a uma mesma norma mandamental ou proibitiva (Camargo, 2018). O juízo de imputação, por sua vez, deve incidir sobre cada comportamento a partir da máxima de que cada sujeito, com a sua contribuição ao fato típico, comunica algo ao Direito e, diante da criação de um risco, deve ter sua conduta (des)valorada penalmente. Somente assim será possível construir um sistema de concurso de pessoas normativamente coerente.

5 Considerações finais

O leitor deve ter percebido que o estudo do concurso de pessoas demanda maiores aprofundamentos, sobretudo diante da pouca verticalidade com que a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm tratando o tema.

O presente artigo não pretendia esgotar essa temática, muito menos definir critérios objetivos para a distinção entre autor e partícipe, haja vista que esse fim somente poderia ser alcançado a partir de uma outra investigação: sobre o fundamento do injusto da participação.

Apesar disso, foi possível descortinar um pouco da realidade do concurso de pessoas no Brasil, desde a primeira codificação legal até os dias atuais, e perceber que muito pouco se falou – ainda – sobre os acertos e desacertos da doutrina e da jurisprudência ao interpretar as disposições do Código Penal.

Nesse sentido, a jurisprudência, sob a influência de uma doutrina que não busca analisar os institutos da teoria do delito de forma crítica, acaba admitindo conceitos e fórmulas acabadas quando, em verdade, nada está resolvido.

O Código Penal brasileiro, nos termos empregados pelo legislador, não adota qualquer teoria do concurso de pessoas, tampouco estabelece critérios precisos para a distinção entre autor e partícipe. A exigência feita pela jurisprudência acerca de uma “convergência de vontades” para a responsabilização de autores e partícipes não encontra amparo em qualquer artigo do nosso Código Penal.

Em verdade, trata-se de um critério limitante e de aplicabilidade muito reduzida, haja vista os problemas de comprovação forense de uma *vontade comum* diante de inúmeras contribuições a um fato criminoso complexo e segmentado, especialmente aqueles praticados no seio de estruturas de poder.

Sob tal perspectiva, uma vez superada a quimera do “liame subjetivo”, o julgador teria o dever de analisar cada contribuição ao fato criminoso em uma perspectiva normativa do risco e, através de determinados critérios pré-estabelecidos, avaliar a relevância da conduta e definir sua natureza de autoria ou de participação.

Desse modo, a decisão judicial alcançaria maior segurança jurídica, inclusive, para sofrer o controle jurisdicional posterior e os casos avaliados pelo STJ e aquele destacado anteriormente, julgado pelo TJMG, poderiam receber uma solução normativamente mais coerente.

Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: Considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista eletrônica de direito penal AIDP-GB**, Rio Grande do Sul, v. 2, nº 2, p. 138-164, 2014.

BARRETO, Tobias. Mandato Criminal. In: Barreto, Tobias. **Estudos de Direito**. Lammert & C – Editores proletários. Rio de Janeiro, 1892. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, 16 dez. 1890. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. **Exposição de motivos de 4 de novembro de 1940**. Sobre o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 01 jul. 1983. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: Fato Punível. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. 2.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**, Brasília: Senado Federal, Conselho editorial: Superior Tribunal de Justiça, Companhia Editora Nacional. [1930] 2004. v. 1.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no moderno direito penal brasileiro**. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1947.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. t. 1.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 11 ao 27. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. t. 2.

HRUSCHKA, Joachim. Prohibición de Regreso y Concepto de Inducción. consecuencias. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª época, nº 5, p. 189-218, 2000.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **La exteriorización de lo interno**: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Tese de Doutorado. Universidade de Barcelona, 2012.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito Penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Participación en el Delito e Imprudencia. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª época, núm. 9, p. 223-251, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de janeiro: Revan, 2003. v. 1.